

МЕТАФИЗИЧЕСКИЙ КОНЦЕПТУАЛИЗМ КЕННЕТА ХИММЫ КАК РАЗНОВИДНОСТЬ ИНКЛЮЗИВНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ПОЗИТИВИЗМА

Предлагаемая вниманию читателя статья представляет собой введение в весьма оригинальную теорию права, разработанную современным американским ученым Кеннетом Эйнарсом Химмой. Его теорию условно можно назвать метафизическим концептуализмом, что в полной мере соответствует как его методологическим установкам (концептуальный анализ и метафизика свойств правовых понятий), так и отстаиваемым им утверждениям. Химма внес серьезный теоретический вклад в обсуждение вопросов пересечения морали и права и вывел дискуссию между инклюзивным и эксклюзивным юридическим позитивизмом на качественно новый уровень. И хотя его теория не лишена недостатков, она, безусловно, представляет научный интерес для понимания современного состояния дискуссий о праве и морали.

Ключевые слова: инклюзивный позитивизм, эксклюзивный позитивизм, концептуальный анализ, метафизика, мораль, право, Химма.

1. Введение. Кеннет Эйнар Химма является одним из самых заметных современных участников дискуссии о моральных основаниях права и ярким сторонником инклюзивного юридического позитивизма.

На протяжении многих лет он последовательно придерживается и активно отстаивает ключевую для этого вида юридического позитивизма тезис, что *существование правовой системы, критерии юридической действительности (легитимности) которой могут дополняться моральными стандартами или принципами, концептуально возможно*. В англоязычной юридической литературе этот тезис получил название 'Тезис о включенности морали' (Moral Incorporation Thesis).

Оппонируя представителям эксклюзивного юридического позитивизма, Химма разработал собственную теорию права, в основании которой лежат концептуальный анализ и метафизика свойств правовых понятий. Такая методологическая стратегия позволила ему не просто предложить усовершенствованную версию инклюзивного юридического позитивизма, но и внести серьезный теоретический вклад в обсуждение вопросов пересечения морали и права. Химма, действительно, оживил эту дискуссию, придав ей новые интересные оттенки и показав возможные пути ее дальнейшего развития.

Однако оценить значение и влияние теории права Химмы на современную позитивистскую юриспруденцию без погружения в нюансы отстаиваемой им позиции и более широкого контекста обсуждаемой проблематики достаточно сложно и вряд ли вообще возможно. Публикуемый в настоящем номере перевод его статьи «Логика доказательства утверждений о возможном: аргумент

в пользу инклюзивного юридического позитивизма и моральных оснований права» [1] позволяет познаться не только с отдельными аргументами автора, творчество которого практически неизвестно отечественной юридической науке, но и с общей направленностью дискуссии, в которой он участвует¹. Но сначала имеет смысл рассмотреть более подробно некоторые аспекты его подхода, а также разделяемые им методологические установки. И хотя указанная статья американского философа права является лишь частью его проекта метафизического концептуализма, в ней содержатся ключевые идеи. Она предназначена для подготовленной аудитории, хорошо разбирающейся в исследуемых вопросах и сути спора между инклюзивными и эксклюзивными позитивистами. Возможно, именно поэтому автор иногда не объясняет и не уточняет отдельные аргументы, полагая, что они известны и понятны. Вот почему такое проясняющее введение в его теорию права оказывается весьма полезным для восприятия его текста.

Итак, в основание метафизического концептуализма Химмы заложены следующие утверждения, которые хотя и развиваются им в разных работах, но часто воспроизводятся в более-менее неизменном виде:

(X1) юридический позитивизм есть концептуальная теория права;

(X2) концептуальный анализ есть методологическая основа инклюзивного юридического позитивизма;

(X3) анализ содержания правовых понятий есть исследование в области метафизики права;

(X4) метафизика свойств понятий позволяет отличить правовые понятия от неправовых;

(X5) концептуально возможно существование правовых систем с моральными критериями легитимности;

(X6) философия возможных миров есть ключ к пониманию тезиса о моральных основаниях права.

Последовательность этих утверждений задается логической выводимостью одного из другого, образуя тем самым интересную теоретическую конструкцию, сочетающую элементы, на первый взгляд, несовместимых подходов. Так или иначе, эти шесть утверждений лучше рассматривать именно в таком порядке, что в полной мере соответствует ходу рассуждений самого автора, который считает их вполне согласованными и непротиворечивыми. Но, как будет показано далее, формулировка отдельных положений (особенно последних двух) выглядит весьма спорной, а сама конструкция не всегда сбалансированной.

2. Юридический позитивизм как концептуальная теория права. Химма называет юридический позитивизм концептуальной теорией, которая стремится так объяснить понятие права, а также другие понятия, имеющие ключевое значение для юридической практики, как они обычно понимаются судьями, юристами и гражданами, т.е. преимущественно (и в основном) в терминах социальных фактов и деятельности. В основании подобного рода концептуальных теорий, по его мнению, лежат базовые конвенции, — общее согласие в вопросах употребления таких понятий, как 'право' и 'правовая система'. Эти конвенции не просто указывают на разделяемую членами сообщества общую лингвистическую практику, позволяющую отличить правовую систему от неправовой (по крайней мере, на уровне словоупотребления), но и задают параметрические характеристики и свойства, позволяющие определить право или правовую систему в соответствии с нашим пониманием права и правовой системы. Таким свойством, например, может быть процедура принятия и изменения законов. Разделяя общую лингвистическую практику не называть 'правовой' ту систему, где отсутствует такая процедура, мы склонны считать наличие этой процедуры необходимым свойством правовой системы. Поэтому вопрос о том, есть ли в конкретном обществе право или правовая система, всецело зависит от того, есть ли в таком обществе некие институциональные структуры, направленные на разработку и принятие правил, а не от того, удовлетворяет ли содержание правил какому-то предпочтительному набору моральных норм или принципов [подробнее см.: 6].

Не соглашаясь с тезисом классического юридического позитивизма, — что хотя понятием 'право' могут обозначаться нормы и системы норм, лишь претендующие на статус правовых, из этого вовсе не следует, что есть концептуально необходимые моральные ограничения содержания права или правовых систем, — Химма приходит к выводу, что концептуальные теории права, такие как юридический позитивизм, сосредоточены на общем для всех возможных правовых систем вопросе: каковы (могут или должны быть) критерии легитимности (или юридической действительности)? Природу этих критериев Химма раскрывает через анализ их функций. Во-первых, они позволяют отличить нормы, которые считаются правовыми, от норм, которые таковыми не считаются, даже при том, что сами эти критерии не являются чем-то, что могло бы считаться проверкой или свидетельством о наличии

права в определенной системе. Во-вторых, эти критерии позволяют описать свойства, объясняющие, почему нормы имеют статус правовых: они имеют этот статус потому, что являются носителями этих свойств. Иными словами, именно обладание этими свойствами делает норму юридически действительной [подробнее см.: 7, р. 61 — 88].

Вот почему юридический позитивизм в традиционном восприятии возник как реакция на идею теории естественного права о невозможности существования несправедливого права, поскольку существуют необходимые моральные критерии юридической действительности, — необходимые в том смысле, что они применимы ко всем возможным правовым системам для ограничения права в каждой из них [1, р. 79 — 80]. Однако отрицать эти критерии, полагает Химма, не значит, отрицать возможность существования правовой системы с моральными критериями юридической действительности. Утверждение, что возможно существование правовой системы без моральных критериев юридической действительности, логически не влечет того, что возможно существование правовой системы с моральными критериями юридической действительности. Но есть ли (или должна ли быть) концептуальная связь между этими критериями и принципами морали? То есть существует ли «необходимое частичное совпадение граници права и морали» [8, р. 125]? Ведь, как верно отмечает Стенли Полсон, именно этот вопрос следует рассматривать в качестве «отправного пункта для выделения двух видов позитивизма» [9, с. 32] — инклюзивного («включающего» или «мягкого») и эксклюзивного («исключающего» или «жесткого»).

3. Инклюзивный позитивизм vs. эксклюзивный позитивизм. В основании юридического позитивизма, как известно, лежат три утверждения: Тезис о социальном факте (Social Fact Thesis), Тезис о конвенциональности (Conventionality Thesis) и Тезис о разделимости (Separability Thesis).

Тезис о социальном факте разделяют как инклюзивные, так и эксклюзивные позитивисты; и именно эта позиция отличает юридический позитивизм от других видов концептуальных теорий права. Однако они разделяют разные его версии: инклюзивные позитивисты отстаивают Тезис о происхождении (Pedigree Thesis), в то время как эксклюзивные позитивисты — Тезис об источниках (Sources Thesis). Но, так или иначе, все они соглашаются с тем, что Тезис о социальном факте, «позволяет объяснить значение критериев юридической действительности в терминах социальных фактов, и поэтому позволяет говорить о праве как об артефакте» [8, р. 127]. Здесь, конечно, есть некоторые нюансы, которые следует учитывать при отнесении той или иной теории к одному из двух видов юридического позитивизма, но в контексте моего исследования это не так важно. Будем считать, что существенных разногласий по поводу Тезиса о социальном факте между инклюзивными и эксклюзивными позитивистами нет. Чего не скажешь о Тезисе о конвенциональности и Тезисе о разделимости.

Тезисе о конвенциональности говорит о том, что критерии юридической действительности конвенциональны по своей природе. Следует различать две его версии. Слабая версия позволяет «объяснить значение критериев юридической действительности для любой концептуально возможной правовой системы; их значение состоит в том, что они задают условия социальных конвенций для

должностных лиц» [8, p. 129]. Согласно же сильной версии, «должностные лица в своей деятельности обязаны применять требования правила признания, и именно правило признания является основанием этой обязанности» [8, p. 132]. И хотя почти все позитивисты, как инклюзивные, так и эксклюзивные, соглашаются с тем, что критерии юридической действительности обладают нормативной силой благодаря определенной социальной конвенции, они расходятся в вопросе о ее характере [8, p. 130]. Инклюзивные позитивисты считают, что критерии юридической действительности, заключенные в правиле признания, следует объяснять через конвенцию координации (*coordination convention*). Эксклюзивные позитивисты предлагают рассматривать правило признания как конститутивную конвенцию (*constitutive convention*), аналогично тому, как конвенциональные правила шахмат конституируют саму игру в шахматы².

Тезис о разделмости в наиболее общем виде предполагает, что право и мораль концептуально различимы [8, p. 135]. Но этот традиционный взгляд, характерный для Бенгама и Остина, не подходит для описания современных дискуссий, а потому, по мнению Химмы, требует существенной модификации. В новой интерпретации его можно было бы сформулировать следующим образом: «Тезис о разделмости говорит о том, что концептуально возможно, что в правовой системе есть критерии действительности, которые не предполагают моральных норм, ограничивающих содержание того, что считается действительным правом в этой системе; то есть в нем утверждается, что существует концептуально возможная правовая система, в которой критерии действительности исчерпываются соображениями, связанными с источником и способом, которым норма признается или провозглашается в качестве правовой. И если содержание нормы в такой правовой системе каким-то образом и согласуется с моральными нормами, то это не является ни необходимым, ни достаточным условием для признания ее юридически действительной» [7, p. 82]. Такое согласование контингентно. А значит, можно допустить, что существует, по крайней мере, одна концептуально возможная правовая система, в которой критерии юридической действительности основаны либо на источнике (Тезис об источниках), либо на происхождении (Тезис о происхождении). Этот тезис также подразумевает и то, что «логически возможно, чтобы нечто, составляющее правовую систему, исключало моральные нормы из критериев, определяющих, является ли правило юридически действительным» [8, p. 136]. Поэтому в такой правовой системе соответствие нормы каким-либо моральным нормам не является ни необходимым, ни достаточным условием ее юридической силы. Но из этого не следует, что не может существовать правовых систем с моральными критериями юридической действительности.

Последнее утверждение как раз и вызвало основные споры между эксклюзивными и инклюзивными юридическими позитивистами и оказалось тем 'отправным пунктом', с которого и началось их разделение. Эксклюзивные позитивисты, ссылаясь на Тезис об источниках («критерии юридической действительности исчерпываются критериями, основанными на источниках, и касающимися того, каким образом норма провозглашается в качестве правовой» [7, p. 16]), полагают, что правовых систем с моральными критериями юридической действи-

тельности существовать не может. Инклюзивные позитивисты, напротив, считают, что существование таких правовых систем *концептуально возможно*, обосновывая свою позицию апелляцией к Тезису о включенности морали. Но, прежде чем перейти к обсуждению этого тезиса, который, действительно, является важным моментом в аргументации инклюзивных позитивистов, надо сказать несколько слов о концептуальном анализе, как основном методологическом приеме Химмы. Именно концептуальный анализ, по его мнению, позволяет не просто сформулировать Тезис о включенности морали, но и обеспечить его необходимым теоретическим основанием.

4. Концептуальный анализ как методологическая основа инклюзивного позитивизма. В самом общем виде концептуальный анализ можно определить как анализ понятий, позволяющий раскрыть природу или сущность вещи, обозначенной соответствующим понятием-словом. Схожим образом можно сказать, что концептуальный анализ права предназначен для объяснения природы права и правовых систем, причем не только *существующих*, но и *концептуально возможных*. Концептуальный анализ права, понимаемый таким образом, состоит из «множества концептуально (или метафизически) необходимых истин, и поэтому является частью метафизического теоретизирования — точно так же, как анализ понятия свободы воли является частью метафизики» [11, p. 83]. И хотя он может начинаться со слов (как считал Г. Л. А. Харт), важно понимать, настаивает Химма, что концептуальный анализ приводит к истинам, которые выходят за рамки конвенций, устанавливающих основные значения этих слов. Отсюда Химма делает вывод, что «анализ содержания правовых понятий — это исследование метафизики права; объяснение его содержания в терминах утверждений, которые необходимо истинны, является отличительной чертой метафизического исследования»³ [11, p. 83]. Метафизика, конечно, не исчерпывается концептуальным анализом, но заниматься концептуальным анализом без метафизики невозможно, считает Химма. Мы используем термин 'холостяк' для обозначения неженатого человека, потому что холостяк не может быть женатым. Это необходимая истина. Подобного рода утверждения являются метафизическими в том смысле, что они необходимо истинны, а таковыми они являются благодаря способу употребления слов (например, такого как 'холостяк').

Концептуальный анализ, согласно традиционной точке зрения, — это анализ *a priori*. Такая позиция, по мнению Химмы, логически связана с представлением, что эпистемология концептуального анализа имеет априорный характер в том смысле, что эмпирическое наблюдение нам необходимо лишь для выявления чувственно воспринимаемых свойств определенных вещей и не более того [11, p. 83; 12, c. 30]. Эту мысль можно продемонстрировать на примере того, как мы понимаем (или схватываем) грамматическую пропозицию вроде 'Два плюс два равно четыре'. Как мы это делаем? А вот как: 'Два плюс два равно четыре' означает, что в эмпирической пропозиции можно заменить выражение 'Два плюс два' выражением 'Четыре', не обращая при этом к математике или эмпирическому наблюдению. Если ты мне скажешь, что у тебя в правом кармане два яблока и в левом кармане два яблока, я без труда смогу заключить, что у тебя в карманах четыре яблока. Как я это сделал,

не видя их? Благодаря пропозиции 'Два плюс два равно четыре'. В этом и заключается смысл выражения 'Четыре'. Аналогичным образом можно сказать, что поскольку существенные свойства права обнаруживаются во всех возможных правовых системах, а не только в тех, которые мы можем чувственно воспринимать, эмпирическое наблюдение не имеет особого значения для концептуального анализа. А значит, методология концептуального анализа, понимаемого таким образом, будет априорной [11, р. 83], даже при том, что у концептуального анализа «есть надежный эмпирический (или натуралистический) компонент» [12, с. 34].

Здесь важно учитывать, что основным аргументом в теории Химмы выступает утверждение, которое, собственно, и является ключом к пониманию его метафизического концептуализма: концептуальный анализ права исходит из метафизического тезиса, что в любой концептуально возможной правовой системе обнаруживаются некие свойства, которые делают норму юридически действительной. Как уже отмечалось, если некая норма является правовой в нашей правовой системе, то это происходит потому и только потому, что она обладает данными свойствами. По сути, это и есть развиваемая им метафизика свойств понятий. То есть обладание определенными свойствами *делает* норму правовой в том же самом смысле, в каком безбрачие *делает* мужчину холостяком [11, р. 85]. Следовательно, в каждой концептуально возможной правовой системе есть нормы, которые задают ее структуру и предусматривают критерии того, считается ли норма правовой. Если *S* правовая система, а *P* утверждение, описывающее свойства, обладание которыми делает норму правовой, то *P* задает необходимые и достаточные критерии 'юридической действительности' в *S* в том смысле, что для каждой нормы *n* верно, что *n* является правовой в *S* в момент времени *t* тогда и только тогда, когда *n* соответствует *P* в момент времени *t*. И это — метафизический, а не эпистемологический аргумент [11, р. 86].

Вот почему Химма говорит, что задачей любой концептуальной теории права является объяснение свойств, позволяющих отличить правовые нормы от неправовых. Так, например, если требуется отличить правовую систему от неправовой при наличии у обеих некоего общего свойства P_1 и отличительных свойств P_2 и P_3 , то для каждого *x* будет верно, что *x* есть правовая система, если и только если *x* обладает свойством P_1 и свойством либо P_2 , либо P_3 [13, с. 48]. Задача концептуального анализа — «установить, объяснить и теоретически описать семантическое содержание соответствующего понятию термина, поскольку содержание понятия не исчерпывается обычным смыслом соответствующего слова, но определяется его лингвистическим значением» [12, с. 36]. Таким образом, утверждение *P*, описывающее свойства, обладание которыми делает норму правовой, будет аналитически истинным в силу его лингвистического значения, а не в силу фактов, которые должны быть установлены эмпирически. В этом, по-видимому, и заключается метафизический тезис, из которого исходит концептуальный анализ, разделяемый многими сторонниками инклюзивного юридического позитивизма. Однако этот тезис, как замечает сам Химма, ничего не говорит нам о природе или моральном характере права, но лишь свидетельствует о том, что его юридическая действительность может ограни-

чиваться моральными принципами [11, р. 87]. Более того, сформулированный таким образом, он оказывается очень слабым утверждением и, как мы далее увидим, весьма ненадежным основанием для Тезиса о включенности морали.

5. Тезис о включенности морали. Мы уже отметили выше, что инклюзивные позитивисты придерживаются тезиса, согласно которому существование правовых систем, в которых критерии юридической действительности содержат (или включают в себя) субстантивные моральные нормы, *концептуально возможно*. В таких системах юридическая сила нормы (по крайней мере отчасти) зависит от того, связано ли логически ее содержание с содержанием моральных норм [8, р. 136]. Химма предлагает следующую формулировку Тезиса о включенности морали: «Логически возможно существование правовой системы, в которой основания/критерии права (или критерии юридической действительности) включают в себя некоторые моральные нормы» [1, р. 81]. Тезис состоит из двух компонентов, которые указывают на то, каким именно образом юридическая действительность нормы может зависеть от моральных аспектов ее содержания. Согласно компоненту достаточности, существуют концептуально возможные правовые системы, в которых достаточным условием юридической действительности нормы является то, что она воспроизводит содержание некоторого морального принципа. Тем самым этот компонент вполне допускает, чтобы непровозглашенная норма могла быть юридически действительной в силу ее морального содержания. Согласно же компоненту необходимости, существуют концептуально возможные правовые системы, в которых необходимым условием юридической действительности нормы является соответствие ее содержания некоторому набору моральных норм. Иными словами, компонент необходимости позволяет морали ограничивать действующее право, поскольку для юридической действительности нормы недостаточно лишь того, чтобы ее содержание находилось в соответствующем логическом отношении к содержанию моральных норм [8, р. 136–137].

Аргумент Химмы, по-видимому, состоит в том, что критерии юридической действительности *могут* соответствовать некоторым моральным принципам, а значит, существование правовых систем, которые содержат такие критерии, логически или концептуально *возможно*: «Если можно показать, что некая существующая правовая система предполагает наличие моральных оснований права, то *a fortiori* можно говорить о возможном наличии моральных оснований права в правовой системе, о чем и говорится в Тезисе о включенности морали» [1, р. 87]. Здесь важно отметить, что эта интерпретация ничего не говорит нам ни о том, существует ли такая система в реальном мире, ни о том, как она должна выглядеть. А это серьезное ограничение познавательной силы отстаиваемого автором аргумента. Чтобы в этом убедиться, проанализируем Тезис о включенности морали в версии Химмы как с точки зрения содержания, так и с точки зрения формы. Начнем с содержательной интерпретации.

Химма говорит, что Тезис о включенности морали имеет модальный характер. Речь в нем идет исключительно о *логической* или *концептуальной возможности*. Но как тогда проверить его правильность? Его ответ состоит в том, что надо разработать такую теоретическую модель (правовой системы), которая, как в случае аксиоматических построений,

позволит верифицировать отдельные ее положения [подробнее см.: 7, р. 197–221]. Во-первых, в основании модели должна лежать аксиома, что пропозиция *p* является логически возможной, если и только если *p* не влечет противоречия. Этим Химма обосновывает модальный характер Тезиса о включенности морали. И, во-вторых, субъекты такой модели должны быть рациональными и способными согласовывать свое поведение с нормами [1, р. 93]. При этом необязательно, чтобы эти субъекты были похожи на людей когнитивно или психологически. Более того, совсем необязательно, чтобы эти субъекты вообще были людьми⁴. Химма ограничивается лишь этими двумя допущениями, считая их необходимыми и достаточными.

Итак, суть предложенной им модели заключается в следующем. Существует такой концептуально возможный мир, в котором субъекты (в указанном выше смысле) безошибочно распознают требования морали, но часто их нарушают, руководствуясь своими корыстными интересами. Для предотвращения нарушений этих требований должна быть создана институциональная система правил, предназначенная для урегулирования соответствующего аморального поведения. Таким образом, моральные нормы, будучи частью институциональной системы правил, становятся правилами правовой системы [1, р. 97]. Моральные нормы в таком случае становятся нормами первого порядка, а производные от них правовые нормы — нормами второго порядка. Безошибочность здесь означает то, что субъекты всегда знают, чего требуют моральные нормы и право, а также то, что они иногда могут поступать своекорыстно и неправильно. Однако люди по понятным причинам не способны безошибочно распознавать требования морали и права, а потому и не могут быть субъектами такой правовой системы. Следовательно, мы можем помыслить правовую систему, субъекты которой рациональны, хотя и своекорыстны, и способны соблюдать нормы первого порядка, в качестве минимального морального требования. Поэтому, заключает Химма, существование такой системы логически или концептуально возможно, а значит, Тезис о включенности морали верен [1, р. 98]; он указывает только лишь то, что логически возможно (принимая во внимание наши концептуальные практики и законы логики) наличие у правовой системы моральных критериев юридической действительности.

Обратимся теперь к формальной интерпретации. Из возможности непротиворечиво помыслить существование правовой системы с моральными критериями легитимности, Химма делает следующий вывод: Тезис о включенности морали верен или правилен, и сам этот Тезис, будучи утверждением о возможном, является модальным утверждением. Но вправе ли мы делать такой переход? В качестве примера Химма обращается к онтологическому доказательству бытия Бога, интерпретируя его довольно необычным образом. Складывается впечатление, что онтологический аргумент выступает скорее контрпримером, опровергающим исходную гипотезу. И вот почему: всякое онтологическое доказательство обычно сводится к тому, что Бог — это такое понятие, предмет которого действителен уже в силу возможности самого этого понятия. Иными словами, если мы можем помыслить Бога, из этого с необходимостью следует, что Он действителен. Но, судя по всему, это единственное такое понятие. Суть онтологического аргумента, та-

ким образом, заключается не в простом допущении существования, а в том, что, коль скоро мы можем составить понятие о Боге, Он *должен* обладать необходимым существованием; Он уже действителен. И мыслить Бога несуществующим невозможно. В этом отношении Бог служит примером уникального понятия. Конечно, мы можем мыслить многое. И то, *что* мы мыслим, может быть возможным, а иногда — и действительным. Возьмем, например, понятие 'летающий крокодил'. Его предмет возможен, но не действителен. В то время как предмет понятия 'крокодил' и возможен, и действителен. Бог же не просто возможен или действителен, Он *не может* быть недействительным. Он действителен с необходимостью. Но можем ли мы распространить такой анализ на правовые системы? Представляется, что нет.

То, что мы можем мыслить правовую систему с моральными основаниями, вовсе не означает, что даже в некотором возможном мире она действительна. Однако в этом случае отстаиваемый Химмой Тезис оказывается не более, чем чистой (спекулятивной) возможностью. Но тогда в каком смысле он является верным или правильным? Если под правильностью Химма понимает *возможность*, его утверждение превращается в тавтологию (если *A* возможно, то *A* возможно). Если под правильностью он понимает *действительность* (если *A* возможно, то *A* есть, или *A* действительно), тогда оно будет неверным. И уж тем более неверным, если под правильностью он понимает *необходимость* (если *A* возможно, то *A* необходимо). Таким образом, во всех трех случаях сделанное им утверждение не способно нас удовлетворить. Ведь, даже если в первом случае оно и будет формально верным утверждением, оно окажется принципиально бессодержательным. Возможность не имплицитно подразумевает действительность и уж тем более необходимость. Возможность может имплицитно подразумевать только возможность, однако, это всего лишь тавтология.

Химма говорит, что логически возможно то, что мыслится непротиворечиво. И с этим можно согласиться. Однако здесь он вступает на очень тонкий лед. Ведь, если возможна правовая система, основанная на морали, то в том же самом смысле возможна правовая система, основанная на абсолютном зле. И первая не более возможна, чем вторая, по крайней мере с точки зрения модальной логики. На подобное замечание Химма, наверняка, ответил бы следующим образом: 1) пропозиция *p* является логически возможной, если и только если *p* не влечет противоречия, — а раз так, то правовая система, основанная на абсолютном зле, тоже логически возможна; 2) она будет невозможна, только если разрешает неизбирательное насилие, потому что в таком случае она не будет правовой системой; 3) *ergo*, это не представляет проблем для Тезиса о включенности морали. Но с таким ответом можно поспорить. Почему логическая возможность правовой системы ставится в зависимость от определенного понимания правовой системы (например, системы, не допускающей неизбирательного насилия)? Почему понимание правовой системы должно ограничиваться определенным (либеральным в интерпретации Химмы) пониманием? Ведь вполне возможно помыслить непротиворечивым образом такую правовую систему, где неизбирательное насилие будет регламентироваться определенными правилами. Например, в рамках правовой системы будет установлено, что неизбирательное насилие

разрешается только один раз в год с 19.00 до 7.00 следующего дня, т.е. в этот ограниченный промежуток времени любая преступная деятельность становится законной. Представляется, что разрешение/запрет неизбежного насилия не является строгим критерием того, является ли система правовой или нет. А значит, правовая система, основанная на абсолютном зле (реализуемом лишь один раз в год), возможна точно так же, как и правовая система, основанная на морали.

Химма правильно называет Тезис о включенности морали очень слабым утверждением. Он, действительно, ничего не говорит нам о природе правовых систем и никак не улучшает наше понимание права. Можно даже сказать, что он в некотором смысле эпистемологически бесполезен. Кроме того, с точки зрения как содержательной, так и формальной интерпретации, из логической возможности существования правовой системы, в основании которой находятся моральные нормы, *non sequitur*, что Тезис о включенности морали верен или правилен.

6. Семантика возможных миров. Позицию Химмы не спасает и обращение к философии (или, как он сам говорит, семантике) возможных миров. Его аргументация не становится от этого убедительней, напротив, она становится все более и более спорной. В качестве основной своей задачи, и инклюзивного позитивизма в целом, он видит доказательство 'утверждения о возможном', согласно которому «среди несчетно-бесконечного множества логически возможных миров существует по меньшей мере один логически возможный мир, в котором есть нечто, что считается 'правовой системой', включающей в себя моральные основания права» [1, р. 78]. Не будем отрицать, что семантика возможных миров является привлекательной и довольно убедительной (эпистемологически сильной) философской теорией с высоким эвристическим потенциалом. Но, прежде чем приступить к ее использованию в каком бы то ни было контексте, следует ответить на два непростых вопроса. Что такое логически возможный мир? И что значит — нечто существует в возможном мире? Есть по меньшей мере три теории, предлагающие свои ответы на эти вопросы: конкретизм (или модальный реализм), абстракционизм и комбинаториализм [подробнее см.: 16]. Не вдаваясь в подробное их описание, отметим лишь основные черты. С точки зрения конкретизма, миры каузально замкнуты. Это означает, что ничто в возможном мире не может стать причиной чего-либо в актуальном мире, и наоборот. А поскольку возможные миры существуют не в физическом, а в логическом пространстве, их бесконечно много. При этом признается, что любой возможный мир существует реально. Согласно абстракционизму, актуальный мир можно представить как определенную совокупность непротиворечивых пропозиций (прошлых, настоящих и будущих) — максимально непротиворечивое множество таких пропозиций. Возможным же является тот мир, часть пропозиций которого являются ложными. Таким образом, актуальным будет только тот мир, который составлен лишь из истинных пропозиций. Реальным в таком случае будет только наш собственный мир; возможные же миры будут лишь абстрактными. Наконец, комбинаториализм утверждает, что существует только наш актуальный мир, возможных миров нет, всякая возможность полностью подчинена актуальности.

К какой из этих теорий мы могли бы отнести аргументы Химмы? Сказать определенно достаточ-

но сложно. Его постоянные ссылки на логическую возможность существования правовой системы с моральными основаниями намекают на то, что он тяготеет к модальному реализму. Хотя сам он так не считает. Для него правовая система существует в том же самом смысле, в каком существуют числа, предложения, множества и многое другое. И все это — абстрактные объекты. В некотором смысле он разделяет тезис, характерный для абстракционизма, соглашаясь с тем, что «возможный мир обычно определяется как максимально согласованное множество предложений» [1, р. 82]. То есть множество предложений является согласованным, если и только если оно не содержит противоречия. Максимально согласованное множество предложений существует, потому что существуют предложения и множества. Нельзя утверждать, что существуют только предложения и множества, в то время как множество предложений не существует. Так как множество предложений существует, существуют также и возможные миры, которые определяются через это множество. Поэтому утверждение о том, что существует правовая система, включающая в себя моральные критерии юридической действительности, подразумевает, что есть максимально согласованное множество предложений, которое содержит предложение 'Существует правовая система, которая включает в себя моральные критерии юридической действительности'. Но согласие с этим не позволяет Химме уйти от вопроса: если возможные миры не оказывают никакого влияния на наш мир, зачем вообще тогда к ним обращаться? Чтобы это объяснить, надо сначала ответить на указанные нами два вопроса. Возможно, Химма придерживается какого-то своего понимания семантики возможных миров и занимает позицию, которая не вписывается в указанные три теории. Учитывая контекст дискуссии и характер его аргументов, можно даже предположить, что он вполне мог бы обойтись и без философии возможных миров, при этом оставаясь в рамках концептуального каркаса возможность-действительность-необходимость. Однако сам Химма так не думает.

7. Заключение. Из указанных выше шести утверждений, лежащих в основании метафизического концептуализма Химмы, как минимум, последние два (утверждения X5 и X6) нуждаются в уточнении, а возможно, и в переформулировании. Его основной тезис о *логической* или *концептуальной возможности* существования правовых систем с моральными критериями легитимности (утверждение X5) представляет собой бессодержательное заявление. Возможность имплицитно только возможность. С точки зрения модальной логики, нельзя вывести правильность Тезиса о включенности морали из постулирования логического существования таких правовых систем. Тезис Химмы остается не более чем возможным. Мы могли бы допустить, что для него *существование* является не строгим понятием, а лишь указанием на то, что такой мир возможен или что он просто есть (утверждение X6). Существование возможного мира определяется существованием максимально согласованного множества предложений, которое существует благодаря существованию предложений и множеств как абстрактных метафизических объектов. Но эту ситуацию не спасает, равно как и апелляция к онтологическому аргументу. Обращение к метафоре возможного мира при доказательстве существования правовой системы с моральными основаниями

права ничего не говорит нам о правовой системе в актуальном мире и уж тем более о том, какой она должна быть. И тем не менее, несмотря на представленную нами критику, следует отметить, что Химма предпринял весьма впечатляющую (пусть местами и не очень гладкую) попытку обосновать Тезис о включенности морали, используя для этого нетривиальный способ, в котором, сливаясь, переплетаются воедино такие разные теоретические конструкции, как концептуальный анализ, метафизика права, эпистемология, модальная логика и семантика возможных миров. На основании этой неожиданной комбинации он разработал весьма оригинальную теорию права — метафизический концептуализм, вписав тем самым свое имя в 'зал славы' позитивистской юриспруденции, или концептуальной юриспруденции, как он сам предпочитает говорить.

Благодарности

За ценные замечания, комментарии и предложения автор выражает благодарность Кеннету Химме, Лоренцу Кэлери и Валерию Суворцеву. Работа выполнена при финансовой поддержке Совета по грантам Президента РФ (проект № МД-137.2020.6).

Примечания

¹Нельзя сказать, что соотношение права и морали в контексте зарубежной философии права является маргинальным для отечественного философско-правового дискурса вопросом. Напротив, в последнее время и философы, и правоведы все чаще обращаются к этой глубокой и неисчерпаемой теме. В этой связи следует обратить особое внимание на дискуссию между Андреем Нехаевым и Антоном Дидикиным, которая развернулась на страницах журнала «Омский научный вестник. Серия: Общество. История. Современность» [2–5] и спровоцировала к этой теме новый интерес.

²Подробнее о логической связи критериев юридической действительности и правила признания см. [10, р. 156–157].

³Ср. с этим: «... концептуальная юриспруденция является ничем иным, как метафизикой права» [1, р. 85].

⁴Интересно, что в качестве прототипа для своей модели Химма использует модальные размышления сторонника эксклюзивного юридического позитивизма Джозефа Раза, в которых поднимается вопрос о том, является ли принуждение необходимым свойством права? Или, иными словами, возможна ли правовая система без механизма насильственного принуждения? В качестве модели такой системы Раз рассматривает 'общество ангелов' [подробнее см.: 14; также см.: 15, р. 153–159].

Библиографический список

1. Himma K. E. The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law // *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. № 23. P. 77–104. DOI: 10.4000/revus.2956.
2. Нехаев А. В. Плохой закон как чистое право: критические заметки к философии права Г. Л. А. Харта // *Вестник Томского государственного университета*. 2019. № 440. С. 72–80. DOI: 10.17223/15617793/440/10.
3. Дидикин А. Б. Моральная нейтральность как правовая ценность: критический анализ философско-правовых аргументов А. В. Нехаева // *Омский научный вестник. Серия: Общество. История. Современность*. 2019. Т. 4, № 3. С. 99–103. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-3-99-103.
4. Нехаев А. В. Страсти по морали и юридический позитивизм: ответ Антону Дидикину // *Омский научный вестник.*

Серия: Общество. История. Современность. 2019. Т. 4, № 4. С. 94–111. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-94-111.

5. Дидикин А. Б. Моральные суждения и действительность права // *Омский научный вестник. Серия: Общество. История. Современность*. 2019. Т. 4, № 4. С. 112–116. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-112-116.

6. Антонов М. В., Оглезнев В. В. Юридический позитивизм и истина в праве // *Труды института государства и права РАН*. 2020. Т. 15, № 4. С. 42–61. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-4-antonov-ogleznev.

7. Himma K. E. *Morality and the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019. 240 p.

8. Himma K. E. Inclusive Legal Positivism // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Eds.: J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 125–165.

9. Полсон С. А. Сущность идеи правового позитивизма / пер. с англ. М. В. Антонова // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2011. № 4 (297). С. 32–49.

10. Himma K. E. The Rule of Law, Validity Criteria, and Judicial Supremacy // *Law, Liberty, and the Rule of Law* / Eds.: I. V. Flores, K. E. Himma. Dordrecht: Springer, 2013. P. 153–173.

11. Himma K. E. Conceptual Jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory // *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2015. № 26. P. 77–104. DOI: 10.4000/revus.3351.

12. Химма К. Э. Эта догма все еще кусается: аналитичность, концептуальный анализ и натуралистический поворот в философии права / пер. с англ. В. В. Оглезнева, В. А. Суворцева // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2016. № 1(324). С. 26–45.

13. Оглезнев В. В. Концептуальный анализ как методологическое средство аналитической юриспруденции // *Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология*. 2011. № 4 (15). С. 46–51.

14. Raz J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999. 224 p.

15. Himma K. E. The Conceptual Function of Law: Law, Coercion, and Keeping the Peace // *Law as an Artifact* / Eds.: L. Burazin, K. E. Himma, C. Roversi. Oxford: Oxford University Press, 2018. P. 136–159.

16. Menzel C. Possible Worlds // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* / Ed. E. Zalta. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/possible-worlds/> (дата обращения: 09.08.2021).

ОГЛЕЗНЕВ Виталий Васильевич, доктор философских наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета; профессор кафедры истории философии и логики философского факультета Национального исследовательского Томского государственного университета.

SPIN-код: 3701-0936

AuthorID (РИНЦ): 539601

ORCIDID: 0000-0003-0287-6543

AuthorID (SCOPUS): 56307954100

ResearcherID: X-2616-2019

Адрес для переписки: ogleznev82@mail.ru

Для цитирования

Оглезнев В. В. Метафизический концептуализм Кеннета Химмы как разновидность инклюзивного юридического позитивизма // *Омский научный вестник. Сер. Общество. История. Современность*. 2021. Т. 6, № 4. С. 110–118. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-4-110-118.

Статья поступила в редакцию 05.10.2021 г.

© В. В. Оглезнев

KENNETH HIMMA'S METAPHYSICAL CONCEPTUALISM AS INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM

This article is an introduction to a very original legal theory developed by a contemporary American legal scholar Kenneth Einar Himma. His theory can be conditionally called as **Metaphysical Conceptualism**, this fully corresponds to both his methodological approach (conceptual analysis and metaphysics of the properties of legal concepts) and the claims he defends. The analysis proposed by Himma made a great theoretical contribution to the discussion of the intersection of morality and law and brought the discussion between inclusive and exclusive legal positivism to a new qualitative level. And although his theory is not without flaws, it is certainly of serious scientific interest for understanding the current state of discussions about law and morality.

Keywords: inclusive positivism, exclusive positivism, conceptual analysis, metaphysics, morality, law, Himma.

Acknowledgments

For helpful comments and suggestions I am indebted to Kenneth Himma, Lorenz Kähler and Valeriy Surovtsev. The work on this paper was supported by the Council for Grants of the President of the Russian Federation for State Support of Young Russian Scientists, No. MD-137.2020.6.

References

1. Himma K. E. The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law // *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. No. 23. P. 77–104. DOI: 10.4000/revus.2956. (In Engl.).
2. Nekhaev A. V. Plokhoy zakon kak chistoye pravo: kriticheskiye zametki k filosofii prava G. L. A. Kharta [Evil Law as the Pure Law: Critical Remarks on the Philosophy of Law of H. L. A. Hart] // *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Tomsk State University Journal*. 2019. No. 440. P. 72–80. DOI: 10.17223/15617793/440/10. (In Russ.).
3. Didikin A. B. Moral'naja nejtral'nost' kak pravovaja cennost': kriticheskij analiz filosofsko-pravovykh argumentov A. V. Nehaeva [Moral Neutrality as Legal Value: Critical Analysis of Philosophical and Legal Arguments of A. V. Nekhaev] // *Omskij nauchnyj vestnik. Serija Obshhestvo. Istorija. Sovremennost'. Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2019. Vol. 4, no. 3. P. 99–103. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-3-99-103. (In Russ.).
4. Nekhaev A. V. Strasti po morali i juridicheskij pozitivizm: otvet Antonu Didikinu [Moral Passion and Legal Positivism: Reply to Anton Didikin] // *Omskij nauchnyj vestnik. Serija Obshhestvo. Istorija. Sovremennost'. Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2019. Vol. 4, no. 4. P. 94–111. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-94-111. (In Russ.).
5. Didikin A. B. Moral'nye suzhdeniya i dejstvitel'nost' prava [Moral judgments and validity of law] // *Omskij nauchnyj vestnik. Serija Obshhestvo. Istorija. Sovremennost'. Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2019. Vol. 4, no. 4. P. 112–116. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-112-116. (In Russ.).
6. Antonov M. V., Ogleznev V. V. Yuridicheskii pozitivizm i istina v prave [Legal Positivism and Truth in Law] // *Trudy instituta gosudarstva i prava RAN. Proceeding of the Institute of the State and Law of the RAS*. 2020. Vol. 15, no. 4. P. 42–61. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-4-antonov-ogleznev. (In Russ.).
7. Himma K. E. *Morality and the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019. 240 p. (In Engl.).
8. Himma K. E. Inclusive Legal Positivism // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Eds.: J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 125–165. (In Engl.).
9. Paulson S. L. Sushhnost' idei pravovogo pozitivizma [The Very Idea of Positivism] / trans. from Engl. M. V. Antonov // *Izvestija vysshih uchebnykh zavedenij. Pravovedenie. Pravovedenie*. 2011. No. 4 (297). P. 32–49. (In Russ.).
10. Himma K. E. The Rule of Law, Validity Criteria, and Judicial Supremacy // *Law, Liberty, and the Rule of Law* / Eds.: I. B. Flores, K. E. Himma. Dordrecht: Springer, 2013. P. 153–173. (In Engl.).
11. Himma K. E. Conceptual Jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory // *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2015. No. 26. P. 77–104. DOI: 10.4000/revus.3351. (In Engl.).
12. Himma K. E. Eta dogma vse eshhe kusaetsja: analitichnost', konceptual'nyj analiz i naturalisticheskij povорот v filosofii prava [This Dogma Still Bites: Analyticity, Conceptual Analysis, and the Naturalistic Turn in Legal Philosophy] / trans. from Engl. V. V. Ogleznev, V. A. Surovtsev // *Izvestija vysshih uchebnykh zavedenij. Pravovedenie. Pravovedenie*. 2016. No. 1 (324). P. 26–45. (In Russ.).
13. Ogleznev V. V. Konceptual'nyj analiz kak metodologicheskoe sredstvo analiticheskoy jurisprudencii [Conceptual Analysis as a Methodological Tool of Analytical Jurisprudence] // *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Filosofija. Sociologija. Politologija. Tomsk State University Journal of Philosophy. Sociology. Political Science*. 2011. No. 4 (15). P. 46–51. (In Russ.).
14. Raz J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999. 224 p. (In Engl.).

15. Himma K. E. The Conceptual Function of Law: Law, Coercion, and Keeping the Peace // *Law as an Artifact* / Eds.: L. Burazin, K. E. Himma, C. Roversi. Oxford: Oxford University Press, 2018. P. 136–159. (In Engl.).

16. Menzel C. Possible Worlds // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* / Ed. E. Zalta. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/possible-worlds/> (accessed: 09.08.2021). (In Engl.).

OGLEZNEV Vitaliy Vasilyevich, Doctor of Philosophical Sciences, Professor of Theory and History of the State and Law Department, Saint Petersburg State University, St. Petersburg; Professor of History, Philosophy and Logic Department at Faculty of Philosophy, National Research Tomsk State University, Tomsk.

SPIN-code: 3701-0936

AuthorID (RSCI): 539601

ORCIDID: 0000-0003-0287-6543

AuthorID (SCOPUS): 56307954100

ResearcherID: X-2616-2019

Correspondence address: ogleznev82@mail.ru

For citations

Ogleznev V. V. Kenneth Himma's metaphysical conceptualism as an inclusive legal positivism // *Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2021. Vol. 6, no. 4. P. 110–118. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-4-110-118.

Received October 05, 2021.

© **V. V. Ogleznev**